

SEBASTIAN KUBAS¹

Cass R. Sunstein – konstytucjonalista społecznie zaangażowany

Streszczenie

Artykuł przedstawia dorobek Cassa R. Sunsteina, uznanego i szeroko cytowanego badacza prawa. Autor prezentuje w nim wątki i idee wyrażone w kilkunastu książkach C.R. Sunsteina wydanych w latach 1993–2017. Uwypuklone zostały kwestie o wymiarze konstytucyjnym. Starając się ukazać dorobek Sunsteina w szerszym kontekście, autor przedstawia zwrot, jaki dokonał się w podejściu Sunsteina do problemów i wyzwań politycznych – od podejścia czysto prawniczego do bardziej zróżnicowanego i wielowymiarowego. Omawia więc poglądy Sunsteina na takie tematy jak stronnictwo konstytucji, niepełne uzgodnienia, sędziowski minimalizm, wpływ ideologii na orzecznictwo, koszt praw i polaryzacja grupowa. Dzieła tego współczesnego Publiusza pokazują, że praktyczne uprawianie prawa konstytucyjnego to znacznie więcej niż studia z zakresu językoznawstwa czy też kompilowanie orzeczeń sądu konstytucyjnego. Rozległy dorobek Cassa R. Sunsteina dostarcza obszernego materiału do tworzenia nowych rozwiązań konstytucyjnych osadzonych w realnych problemach społecznych.

Słowa kluczowe: Cass R. Sunstein, niepełne uzgodnienia, polaryzacja grupowa, prawo konstytucyjne

¹ Dr Sebastian Kubas – Uniwersytet Jagielloński, Wydział Prawa i Administracji, Katedra Prawa Konstytucyjnego; sebastian.kubas@uj.edu.pl; ORCID: 0000-0003-0024-6679.

SEBASTIAN KUBAS

Cass R. Sunstein – a Socially Committed Constitutional Thinker

Abstrakt

This paper reviews the work of Cass R. Sunstein who is a renowned and widely quoted legal scholar and a very prolific writer on a wide range of subjects. I outline herein some themes and ideas expressed in over a dozen C.R. Sunstein's books that were published between 1993 and 2017. As the title suggests, an emphasis is placed on issues of constitutional relevance. Aiming to place Sunstein's body of work within a larger context I trace a considerable shift in his approach to political problems and challenges from a purely legal to a more nuanced and multi-dimensional one. Accordingly I present Sunstein's views on such issues as the partiality of constitutions, incompletely theorized agreements, judicial minimalism, the ideological component of judging, the cost of rights, and group polarization. The works of this contemporary Publius show that pursuing constitutional law in a practical way is much more than study in linguistics or compiling a constitutional court's decisions. Cass R. Sunstein's extensive oeuvre provides a rich material for devising new constitutional solutions to real social problems.

Keywords: Cass R. Sunstein, incompletely theorized agreements, group polarization, constitutional law

Co łączy małżeństwa udzielane przez klub pletwonurków, intensywną polaryzację grupową w Internecie zagrażającą demokracji, realizację spuścizny Franklina Delano Roosevelta, niższe prawdopodobieństwo wygrania procesu przez związek zawodowy w Chicago, ruch antyszczepionkowy, opodatkowanie jako warunek konieczny wolności oraz unikanie w działalności prawniczej uzgodnień, gdy nie są konieczne? Takie wyliczenie rozmaitych wątków jest nadużywanym sposobem przyciągania uwagi czytelników, ale w tym wypadku wydaje się uzasadnionym wprowadzeniem, ponieważ wątki te łączy postać o bardzo szerokich zainteresowaniach, polihistor zachęcający do postrzegania zagadnień ustrojowych w ramach rozległego oglądu i z oryginalnych punktów widzenia. Urodzony w 1954 r. Cass Robert Sunstein po ukończeniu studiów na wydziale prawa na Uniwersytecie Harvarda, asystenturze w sądach i pracy w Departamencie Sprawiedliwości, na blisko 30 lat związał się z University of Chicago, gdzie badał m.in. zagadnienia konstytucyjne w państwach Europy Wschodniej. W tym czasie wykładał też gościnie na innych prestiżowych uczelniach. Następnie związał się z Uniwersytetem Harvarda, a także przez kilka lat pracował w administracji prezydenta Obamy. Przede wszystkim jednak bohater mojego tekstu jest w ścisłej czołówce autorów najczęściej cytowanych prac prawniczych w Stanach Zjednoczonych, a przy tym jest autorem niezwykle płodnym. Moim celem jest przybliżenie czytelnikom polskim autora, którego kilka dzieł wydano już w Polsce, ale jest to zaledwie ułamek bardzo obszernego korpusu. Tylko w pierwszej dekadzie obecnego wieku C.R. Sunstein publikował średnio dwie książki rocznie. W ramach prezentowanego tu skrótowego omówienia wykorzystuję kilkanaście wybranych pozycji, pozwalających choć trochę zorientować się nie tylko w podejmowanych przez tego oryginalnego autora tematach, ale także prześledzić ewolucję poglądów Cassa R. Sunsteina na prawo, państwo i społeczeństwo.

Najstarsza z omawianych książek, *Stronnicza Konstytucja*², w największym stopniu mieści się obrębie prawa konstytucyjnego, nie jest skierowana do masowego czytelnika, ale raczej do sfer akademickich i profesjonalnych prawników. Oparta jest jednak na bardzo ciekawej koncepcji, a ponadto retrospektywnie można

² C.R. Sunstein, *The Partial Constitution*, Cambridge 1993. W ramach przedstawianego tu syntetyzującego omówienia ograniczam się do podawania samych tytułów, bez numerów stron. W tekście właściwym odnoszę się chronologicznie do pierwszych wydań wykorzystywanych pozycji, lecz w kilku przypadkach korzystałem z wydań późniejszych.

dostrzec w niej zapowiedź części z zagadnień, którym poświęcone będą dalsze prace jej autora. Punktem wyjścia jest ocena, że Konstytucja USA [dalej: Konstytucja], w sensie jej obowiązującej interpretacji, utożsamianej przede wszystkim z orzeczeniami Sądu Najwyższego, jest stronnicza, tzn. za neutralne *status quo* uznano tendencyjną interpretację pierwotnie neutralnego tekstu. Odstępstwa od tak rozumianego *status quo* traktowane są jako naruszenia neutralności, ale ponieważ nie jest to faktyczna neutralność, takie rozumowanie prowadzi do niesprawiedliwości. Gęsty wywód obraca się wokół dwóch głównych zagadnień: wypaczonego rozumienia neutralności w sferze materii konstytucyjnej oraz w sferze interpretacji konstytucyjnej. W tej ostatniej krytyce poddany jest pogląd, stanowiący w chwili wydania książki istotny element myślenia amerykańskich konserwatystów o Konstytucji, że właściwym i neutralnym sposobem interpretowania tego aktu jest ustalenie poglądów osób, które ratyfikowały Konstytucję, a więc oryginalizm. Ten wątek będzie powracał w wielu późniejszych publikacjach. W sferze interpretacji materialnej C.R. Sunstein opowiada się za odrzuceniem poglądu, że istniejący stan rzeczy w zakresie uprawnień i rozdziału dóbr jest naturalny. Wszystkie uprawnienia są wytworem prawa, zaś ideologia *laissez-faire* przywoływana jest przez tych, którzy najsukuteczniej korzystają z interwencji państwa, a którzy pozostawieni naprawdę sami sobie – jak to wyrażono jeszcze w 1885 r. – straciliby zdolność do gromadzenia bogactw. Taka perspektywa lokuje autora *Stronnicznej Konstytucji* oczywiście na lewo od konserwatystów, a często przywoływanym punktem odniesienia jest conceptualny przełom, który dokonał się w okresie Nowego Ładu. Warto tu bowiem dodać, że rewolucyjne zmiany w amerykańskim prawie konstytucyjnym pod presją nacisku społecznego, którego wyrazicielem stał się prezydent Franklin Delano Roosevelt w latach 30. XX wieku, wyznaczały w kolejnych dekadach standardowe postrzeganie Konstytucji, które jednak od lat 80. zaczęło być coraz silniej podważane, m.in. w ramach tzw. rewolucji Reagana. Formułowane więc w omawianej książce tezy krytyczne, wykorzystujące New Deal jako punkt odniesienia, takie jak ocena, że prawo dotyczące dyskryminacji rasowej rozwijane przez Sąd Najwyższy opiera się na założeniach sprzed New Deal, miały dla amerykańskich czytelników znaczny ciężar gatunkowy. W sferze pozytywnej rozwinięte zostały w *Stronnicznej Konstytucji* argumenty – wyrażane już wcześniej przez liberalnych amerykańskich konstytucjonalistów, a w książce tej wiązane wprost z ideami leżącymi u podstaw Konstytucji w okresie jej tworzenia – na rzecz takiego rozumienia Konstytucji, które zapewniałoby udane działanie demokracji deliberyatywnej, co w szczególności obejmować ma energiczną aktywność sądów w sferze uprawnień kluczowych dla procesu demokratycznego (np. prawo do głosowania) oraz ochrony interesów grup niedostatecznie w tym procesie reprezentowanych (np. homoseksualistów i innych grup mniejszościowych). Rozważania te są mocno

osadzone w dyskursie amerykańskim, ale pragnę zwrócić uwagę na wyłaniające się ze *Stronniczej Konstytucji* refleksje, które mogą mieć uniwersalny wymiar. Przede wszystkim C.R. Sunstein eksploruje z zaangażowaniem polityczny wymiar aktu konstytucyjnego. Na pierwszym planie znajduje się u niego problem organizacji wspólnoty politycznej oraz relacji jej członków, a nie tekstualne egzegezy poszczególnych klauzul Konstytucji czy syntetyzowanie linii orzeczniczych sądu konstytucyjnego³. W sferze metody interpretacji Konstytucji zdecydowanie odrzucane są pretensje, jakoby jedna z metod, jaką jest oryginalizm, stanowiła metodę pierwotną i niewymagającą uzasadnienia. C.R. Sunstein przekonuje, że żaden tekst nie nabiera znaczenia bez określonych zasad kierujących interpretatorami, a tych zasad nie ma w samym tekście. W szczególności nie da się interpretować Konstytucji bez użycia zasad zewnętrznych wobec Konstytucji i bez podejmowania kluczowych rozstrzygnięć moralnych. Za najbardziej wartościową refleksję autora uważam zaś ideę, na której oparto całą książkę: w debacie politycznej oraz przenikającej się z nią debacie konstytucyjnej istnieją skłonność i pokusa do przedstawiania przez dominującą stronę stanu istniejącego jako stanu neutralnego wynikającego z Konstytucji, wobec którego odstępstwa ściągają na siebie odium i wymagają szczególnego uzasadnienia.

W 1996 r. ukazało się pierwsze wydanie książki *Rozumowanie prawne a konflikt polityczny*⁴, której już sam tytuł, a za nim przedmowa autorska, zapowiadały chęć wyjścia poza ściśle prawniczy dyskurs na korzyść przedstawienia złożonych i nierzadko hermetycznych metod interpretacji prawa, dokonywanych zwłaszcza przez sędziów, w sposób służebny wobec potrzeb społecznych. Chodzi o wyjaśnienie zwykłym obywatelom zagadki, w jaki sposób możliwe jest funkcjonowanie prawa w heterogenicznym społeczeństwie, składającym się z ludzi diametralnie niezgadzających się ze sobą co do podstawowych kwestii. Kluczowym konceptem wykorzystanym w tej pracy i w wielu późniejszych książkach są tzw. *incompletely theorized agreements*, co można próbować przełożyć jako niezupełnie rozwinięte czy też uzasadnione uzgodnienia. W tej książce idea tych, jak dalej będę w skrócie pisał, niezupełnych uzgodnień, znajduje szerokie rozwinięcie. C.R. Sunstein przekonuje, że to dzięki nim możliwe jest nie tylko prawo, ale i samo życie. Chodzi o związek ogólnych, abstrakcyjnych zasad z rozstrzygnięciami w konkretnych sprawach, zwłaszcza podejmowanymi przez sędziów. Uzyskanie konsensu, uzgodnienia

³ Wątek nieredukowalności konstytucjonalizmu do tekstu konstytucyjnego analizują wspólnie M. Stambulski i A. Czarnota, wskazujący na potrzebę znalezienia balansu między konstytucjonalizmem prawniczym a politycznym, zob. M. Stambulski, A. Czarnota, *Janusowe oblicze konstytucjonalizmu*, „Krytyka Prawa” 2019, nr 1(11), s. 3 i n.

⁴ C.R. Sunstein, *Legal Reasoning and Political Conflict*, New York 1998.

może dotyczyć obu poziomów, czyli obejmuje także sytuację, w której niezupełność dotyczy zgody co do zasady ogólnej, ale brak zgody co do konkretnych jej zastosowań. Pada tu m.in. teza, że tworzenie konstytucji jest często możliwe tylko dzięki takim niezupełnym uzgodnieniom, a za przykład służą tu wspomniane przelotnie przepisy konstytucyjne z Europy Wschodniej. Wśród adresatów podziękowań autora znajduje się zresztą prof. Wiktor Osiatyński.

Najbardziej jednak interesuje C.R. Sunsteina jako orędownika takiego podejścia koncept, w którym, jak pisze, konstruktywne użycie ciszy dotyczy akceptowania przez różnych ludzi (społeczeństwo w ogólności, a sędziowski skład orzekający w szczególności) określonego rozstrzygnięcia konkretnego problemu, bez potrzeby uzgadniania rozbieżnych zasad ogólnych, motywujących różnie myślące osoby, podejmujące rozstrzygnięcie w konkretnej sprawie. Prosty przykładem jest zgoda co do wprowadzenia ograniczenia prędkości ruchu drogowego do 100 km na godzinę i karania przekraczających taką prędkość kierowców, bez potrzeby rozwijania wspólnej teorii polityki karnej. Autor wywodzi następnie, że to właśnie niezupełne uzgodnienia odgrywają kluczową rolę w redukowaniu politycznych kosztów długotrwałych sporów, a przy tym pozwalają na ewolucję moralną i są najlepszym podejściem dla ludzi dysponujących ograniczonym czasem i możliwościami. Przyjęcie takiej skromnej, unikającej teoretyzowania, a przy tym szybkiej strategii rozstrzygania sporów prawnych, to wedle sugestii autora także cecha dobrze funkcjonującego systemu prawnego. Z uwagi na wielki wpływ myśli Ronalda Dworkina na polskie prawoznawstwo wśród bogactwa argumentacji C.R. Sunsteina warto osobno przytoczyć ocenę, że ambitna koncepcja Dworkina, w której Herkules, nieskończenie cierpliwy i zaradny, dokonuje najlepszych rozstrzygnięć, nie ma nic wspólnego z tym, jak faktycznie postępują prawdziwi sędziowie, którzy takiego Herkulesa postrzegaliby jak dziwaka, niezdolnego do udziału w prawdziwych rozważaniach sędziowskich. Podejście Herkulesa wymagałoby ponadludzkiej koncepcji prawa.

W ramach szczegółowych rozważań C.R. Sunstein poświęca wiele miejsca interpretacji prawniczej, stanowiącej dominujący element myślenia prawniczego. Powraca tu m.in. krytyka oryginalizmu. C.R. Sunstein zauważa, że interpretacja prawnicza byłaby prosta, gdyby mogła polegać na określonych regułach, ale często takich reguł nie ma, a gdyby nawet zostały one wyrażone przez legislatury czy sądy, to i tak brakowałoby reguł do interpretowania takich wyrażonych reguł. Żadne podejście do interpretacji nie uzasadnia się samo przez się, zawsze wymagany jest wybór poszczegółnej strategii interpretacyjnej, a taki wybór wymaga uzasadniania, wbrew temu, co formułowane jest w oryginalizmie. Zresztą amerykański Sąd Najwyższy przez ponad dwieście lat nie dokonał ostatecznego wyboru wśród możliwych strategii interpretacyjnych, co wiele mówiące, a być może też zdumie-

wające. Autor *Rozumowania prawnego...* przekonuje bowiem, że tak właśnie postępują sędziowie: osiągają niezupełne uzgodnienia co do wyników, różniąc się co do metody interpretacji.

Wątki dotyczące właściwego funkcjonowania sędziów zostały rozwinięte w książce z 1999 r. pt. *Jedna sprawa na raz. Sędziowski minimalizm w Sądzie Najwyższym*⁵. C.R. Sunstein kreśli w niej minimalistyczny program działania sądów. Sąd minimalistyczny rozstrzyga konkretną sprawę, ale możliwie wąsko i płytko, unikając podejmowania decyzji w sprawie rozlicznych kwestii pobocznych, bo wiadomy jest występowania uzasadnionych różnic zdań w heterogenicznym społeczeństwie. Minimalistyczny sąd, świadomy własnych ograniczeń oraz możliwych nieoczekiwanych konsekwencji rozstrzygnięć, unika formułowania jasnych reguł i rozstrzygnięć ostatecznych. Szanuje precedensy orzecznicze i unika narzucania swych poglądów społeczeństwu. Tak postawa pozwala na zmniejszanie ciężaru decyzji sędziowskich oraz zmniejszanie prawdopodobieństwa wystąpienia błędów sędziowskich. Jest to więc pean na cześć konstruktywnego używania ciszy na sali sędziowskiej. Taki minimalizm, powtarza znajome już wątki C.R. Sunstein, sprzyja demokracji deliberatywnej (to demokratycznie odpowiedzialne podmioty mają podejmować ambitne rozstrzygnięcia, nie sędziowie), oraz pozwala na osiąganie niezupełnych uzgodnień. Minimaliści wydają orzeczenia wąskie, ograniczające się zasadniczo tylko do rozpatrywanej sprawy, a zarazem płytkie, nieopierające się na abstrakcyjnych teoriach. Ekstremalny, jak to wprost określa autor, przypadek przeciwnego podejścia szerokiego i głębokiego to ponownie wyidealizowany sędzia Herkules w eksperymencie myślowym Dworkina. Ponieważ jednym z głównych motywów omawianego dorobku C.R. Sunsteina jest osiąganie wszelkimi dostępnymi metodami porozumień wśród spierających się odmiennych ludzi, podkreślana jest tu m.in. rola wykorzystania analogii, nieodłącznego składnika rozumowania prawnego, redukującego potrzebę formułowania teorii i pozwalającego sędziom na łatwiejszą współpracę poprzez odwoływanie się do istniejących punktów odniesienia. Gdyby próbować sprowadzić tę książkę do jednego motta, mogłoby mieć ono postać następujących słów autora: minimalistyczny sąd stara się realizować wielki cel wolnego, pluralistycznego społeczeństwa, to znaczy gdy dokonywanie uzgodnień jest konieczne, czynić je możliwymi, a gdy dokonywanie uzgodnień niemożliwe, czynić je niekoniecznymi⁶.

⁵ C.R. Sunstein, *One Case at a Time. Judicial Minimalism on the Supreme Court*, Cambridge 2001.

⁶ Omówienie tej próby odpowiedzi na tzw. *stability question* na tle innych prób radzenia sobie z polityczną niezgodą w liberalizmie polityczną zawarto w: W. Ciszewski, A. Dyrda, *Remedium wobec diagnozy, czyli jak liberalizm polityczny odpowiada na fakt niezgody*, „Diametros” 2013, nr 37, s. 13 i n., <http://www.diametros.iphils.uj.edu.pl/index.php/diametros/article/download/526/665>

Tu dochodzimy do istotnego, jak sądzę, momentu, który przypuszczalnie wpłynął na późniejszą aktywność C.R. Sunsteina. W *Jednej sprawie na raz...* uznał on mianowicie, że to właśnie wychwalany przez niego minimalizm najlepiej opisywał faktyczną działalność Sądu Najwyższego w latach 1990, co rozwinął w analizie szeregu orzeczeń. Trzeba tu bowiem wspomnieć o szczególnym kontekście, w ramach którego formułował swe tezy C.R. Sunstein. Aktywność orzecznicza Sądu kierowanego przez Prezesa Earla Warrena w latach 1953–1969 i przekształcającego znacznie amerykańskie prawo konstytucyjne po myśli liberalistów, spowodowała, że to środowisko polityczne i sprzyjający mu intelektualiści w świecie akademickim poczęli sławić w publikacjach cnoty sądownictwa konstytucyjnego i odpowiednio przyuczać rzesze studentów. Modelowym przykładem był przywoływany tu Ronald Dworkin. Środowiska konserwatywne rychło podjęły rękawicę i podjęły starania na rzecz odwrócenia tych niekorzystnych w ich ocenie zjawisk, rozgrywających się na szerszym tle wojny kulturowej. Konserwatyści bezbłędnie zidentyfikowali istotę problemu, którą stanowił dobór odpowiednich kadr w Sądzie Najwyższym i niższych sądach federalnych, co wywołało serię świadomych powołań dokonywanych przez prezydenta Nixona, a zwłaszcza przez prezydenta Reagana i jego następcę, George’a H.W. Busha. Zmiany orzecznicze postępowały, choć stopniowo, w miarę jak odchodzili z Sądu „starzy” liberaliści z epoki Sądu Warrena, a dawne linie orzecznicze zaczęły być modyfikowane czy odwracane, w istocie w reakcji na wyniki kolejnych wyborów prezydenckich i sukcesy w nich kandydatów Partii Republikańskiej. To wywołało konfuzję wśród wielu liberalnych zwolenników sądownictwa konstytucyjnego, starających się nadal utrzymać wiarę w ideały, których nauczano ich na studiach. Powolny dryf Sądu Najwyższego od lat 70. w stronę konserwatyzmu, mitygowany zarówno powściągliwością części nowych nominatów do Sądu (Demokraci w Senacie udaremniili powołanie kilku wyrazistych ideologicznie kandydatów), jak i szerszymi zmianami społecznymi (m.in. eksponowanie poglądów rasistowskich w latach 80. wykluczało już z polityki głównego nurtu), wywołał w latach 80. i 90. serię publikacji badaczy Sądu, w których na różne sposoby próbowano tłumaczyć ten niejasny obraz⁷. C.R. Sunstein w książce *Jedna sprawa na raz...* wyraźnie starał się połączyć element deskrypcji z argumentacją na rzecz utrzymania minimalistycznego kursu Sądu, co retrospektywnie można uznać za próbę zaklinania rzeczywistości, a przynajmniej za próbę subtelного doktrynalnego oddziaływania na nią. Przenikliwość C.R. Sunsteina powodowała jednocześnie, że już w latach 90. daleki był od wyrażania optymizmu wobec Sądu, w omawianej książce 1999 r. napisał m.in., że wprowadzona przez

⁷ Zob. T.M. Keck, *The Most Activist Supreme Court in History. The Road to Modern Judicial Conservatism*, Chicago 2004, s. 254–256.

Sąd po erze Warrena identyfikacja Konstytucji z orzeczeniami Sądu źle przysłużyła się tradycyjnemu amerykańskiemu zaangażowaniu na rzecz demokracji deliberyatywnej. Ostatecznie, jak wielu podobnych badaczy, czekało go jednak głębokie rozczarowanie, któremu dał wyraz już kilka lat później.

Zdarzeniem, które otrzeźwiająco wpłynęło na badaczy ustroju amerykańskiego, było rozstrzygnięcie przez Sąd Najwyższy wyborów prezydenckich w 2000 roku. Wśród zalewu publikacji komentujących orzeczenie *Bush v. Gore* znalazła się również zbiorowa praca pod redakcją Cassa R. Sunsteina i Richarda A. Epsteina pod tytułem *Głosowanie. Bush, Gore oraz Sąd Najwyższy*⁸. C.R. Sunstein wyraził w niej m.in. ocenę, że komentowane orzeczenie, najbardziej kontrowersyjne w minionych kilku dekadach, w którym najbardziej konserwatywni Sędziowie głosowali na korzyść kandydata Busha, a najmniej konserwatywni na korzyść kandydata Gore'a, jest kłopotliwe dla wierzących w rozdział prawa od polityki. W zamieszczonym w tomie tekście pod wymownym tytułem *Porządek bez prawa* autor ten nadal utrzymywał, że pod przywództwem Prezesa Rehnquista Sąd utrzymywał zasadniczo minimalistyczny kurs (zasadnie przypisywał to prostej potrzebie pozyskiwania większości głosów w Sądzie), a nawet dopatrywał się elementów minimalizmu w rozstrzygnięciu *Bush v. Gore*. Wspomniał jednak też o serii „skrajnie agresywnych” orzeczeń, a samo uzasadnienie rozstrzygnięcia *Bush v. Gore* uznał za zawstydzająco słabe, choć jego zaletą było szybkie zakończenie powyborczego chaosu. W ramach kontrowersji wyborczej Sąd powinien unikać cienia pozorów, że sędziowie przemawiają w imieniu czegokolwiek innego poza prawem, a tego wymogu orzeczenie *Bush v. Gore* nie spełniło, zdaniem C.R. Sunsteina. W zakończeniu swego tekstu wyraził on jednak nadzieję, że ponieważ orzeczenie to zwiększy zaniepokojenie społeczne nieuzasadnionymi i agresywnymi interwencjami Sądu, to może zwiększyć ostrożność Sądu.

W 2005 r. C.R. Sunstein opublikował książkę, której sam tytuł był już dostatecznie dobitnie przekonywał o płonności tych nadziei: *Radykałowie w togach. Dlaczego skrajnie prawicowe sądy są szkodliwe dla Ameryki*⁹. Autor zauważał w niej m.in., że trudno już utrzymywać, iż w Stanach Zjednoczonych obowiązuje jedna Konstytucja, skoro polityczne spory prowadzą do tego, że wybór nowego prezydenta, oznaczający potencjalne nowe powołania do Sądu, może wywoływać radykalne zmiany treści Konstytucji. Opisywał też ideologicznie zrekonstruowane przez Partię Republikańską sądownictwo federalne, czego efektem stało się to, że Konstytucja zaczęła wyglądać jak w latach 20., a więc sprzed rewolucji Nowego Ładu, co zresztą było zgodne z pojawiającymi się wśród konserwatystów zarzutami, że

⁸ C.R. Sunstein, R.A. Epstein, *The Vote. Bush, Gore, and the Supreme Court*, Chicago 2001.

⁹ C.R. Sunstein, *Radicals in Robes. Why Extreme Right-Wing Courts Are Wrong for America*, New York 2005.

w latach 30. Konstytucję porzucono pod presją Roosevelta. Praca *Radykałowie w togach* po raz kolejny potwierdzała wartość refleksji C.R. Sunsteina, ponieważ autor ten nie ograniczył się do prostej krytyki, lecz wykorzystał obserwowane spory ideologiczne i prawnicze do przedstawienia typologii czterech podejść do prawa konstytucyjnego, która wykraczała poza spór liberałów z konserwatystami, ale także demistyfikowała uproszczone postrzeganie prawa konstytucyjnego, skrywające jego polityczny ładunek. C.R. Sunstein nawiązał do wypowiedzi dwóch głównych kandydatów w kampanii prezydenckiej w 2004 roku. Obaj kandydaci (G.W. Bush i J. Kerry) byli zgodni, że do Sądu nominować będą osoby ściśle interpretujące prawo. Na to C.R. Sunstein stwierdza, że była to jego zdaniem najbardziej niemądra chwila w kampanii, bo teza, że sędziowie powinni interpretować prawo, jest zarówno trafna, jak i groteskowo nieprzydatna, w pewien sposób jest oszustwem, skoro wszyscy wiedzą, że Bush i Kerry wybieraliby zupełnie innych sędziów. Pogłębiając te kwestie w ramach proponowanej typologii, autor w pierwszej kategorii wyróżnia perfekcjonistów, którzy chcą uczynić Konstytucję możliwie najlepszym aktem, według ich rozumienia, co odpowiada zwłaszcza amerykańskim liberałom. W ramach takiej postawy, gdy perfekcjonistyczni liberałowie są zwolennikami określonego uprawnienia, często chcą, aby Sąd Najwyższy orzekł, że stanowi ono część Konstytucji. Druga kategoria to zwolennicy majoritaryzmu, pragnący zredukować rolę Sądu na rzecz procesu demokratycznego, w którym decyzje podejmuje większość. Trzecia kategoria to minimaliści, postępujący według ostrożnego programu zakreślonego uprzednio w pracy *Jedna sprawa na raz...* Ostatnią kategorię nazwano fundamentalistami. Fundamentalisci konstytucyjni, nieodlegli zdaniem autora od fundamentalistów religijnych, podejmują wysiłki na rzecz przywrócenia dosłownego znaczenia świętego tekstu. Jak nietrudno się domyślić, chodzi tu o zwolenników oryginalizmu, których podejście C.R. Sunstein określa jako aroganckie, błędne i zgubne. Po takiej kategoryzacji zasadnicza część *Radykałów w togach...* poświęcona została przedstawieniu kilku zasadniczych obszarów prawa konstytucyjnych, w ramach których występują wielkie różnice między przedstawicielami trzech kategorii (zwolennicy majoritaryzmu, nieobecni w Sądzie, pojawiają się tylko z rzadką). Chodzi m.in. o kwestię prawa do prywatności, problemy rasowe czy zagadnienia bezpieczeństwa państwowego. W ramach rozlicznych interesujących refleksji zwrócę m.in. uwagę na stwierdzenie w wątku dotyczącym małżeństw (w tym małżeństw homoseksualnych i poligamii), że minimaliści są zwolennikami sytuacji, gdy pewne konstytucyjne uprawnienia są systemowo egzekwowane przez sądy poniżej oczekiwań, w sposób niecałkowity (*underenforced*), ponieważ sądy mają słabą legitymację demokratyczną, ograniczoną możliwość ustalania faktów i nie nadają się do roli przewodników w reformach społecznych. Co najwyżej powinny działać katalizująco, uchylając najbardziej

nieuzasadnione przepisy, ale pozostawiając pole do manewrów w ramach procesu demokratycznego.

Uzupełnieniem tej krytycznej refleksji na temat praktyki funkcjonowania sądów amerykańskich stała się niepozorna książka wydana rok później, w 2006 r., będą efektem badań czteroosobowego zespołu z udziałem C.R. Sunsteina na temat konkretnych zachowań sędziów w federalnych sądach apelacyjnych. W przypadku książki *Czy sędziowie są upolitycznieni? Empiryczna analiza sądownictwa federalnego*¹⁰ potwierdza się powiedzenie o mylących pozorach, ponieważ praca ta liczy niecałe 180 stron, tekst właściwy kończy się na stronie 150, a zawiera ona bardzo bogaty ładunek treściowy, którego wymowa jest tak silna, że współautorzy podejmują kilkakrotnie niezbyt przekonujący wysiłek zmniejszenia ostrości własnych, szczególnie udokumentowanych ustaleń. Badania autorów objęły ponad 6400 rozstrzygnięć trzysobowych składów orzekających i odpowiednio ponad 19 200 głosów poszczególnych sędziów, wydanych głównie w latach 1955–2004. Kluczowym elementem metodologii było poddanie analizie orzeczeń federalnych sądów apelacyjnych, znajdujących się pomiędzy rozstrzygającym wybrane, nieliczne, kontrowersyjne zagadnienia Sądem Najwyższym, a federalnymi sądami dystryktowymi, prowadzącymi w pierwszej instancji postępowania dowodowe, często w rutynowych sprawach. Co szczególnie istotne, jak piszą autorzy, w federalnych sądach apelacyjnych prowadzony jest nadzwyczajny i długofalowy eksperyment naturalny. Większość rozstrzygnięć dokonywana jest w nich w ramach trzysobowych składów dobieranych losowo spośród sędziów danego sądu, którzy w zasadzie jednoznacznie mogą być zaklasyfikowani jako nominaci Partii Republikańskiej albo Partii Demokratycznej, tzn. wybierani są przez prezydenta z jednej z dwóch głównych partii, a następnie zatwierdzani w Senacie. W trzysobowych losowych składach może więc zasiadać trzech nominatów republikańskich (RRR) albo demokratycznych (DDD) lub przewagę mogą mieć nominaci z jednej opcji (DDR lub RRD). Przebadanie tysięcy rozstrzygnięć z licznych obszarów prawa (m.in. akcja afirmatywna, dyskryminacja płciowa i rasowa, ochrona środowiska, odpowiedzialność prawa korporacji) potwierdziło trzy hipotezy badaczy. Po pierwsze sędziowie głosują w ramach dokonywanych rozstrzygnięć w sposób ideologicznie przewidywalny, tzn. w kontrowersyjnych ideologicznie sprawach osoby powołane przez prezydentów z Partii Republikańskiej są zwolennikami zupełnie innych rozstrzygnięć niż osoby powołane przez prezydentów z Partii Demokratycznej. Po drugie występuje tłumienie ideologiczne, tzn. różnice ideologiczne zmniejsza obecność w składzie nominata z przeciwnego obozu. Po trzecie występuje wzmoc-

¹⁰ C.R. Sunstein, D. Schkade, L.M. Ellman, A. Sawicki, *Are Judges Political? An Empirical Analysis of the Federal Judiciary*, Washington 2006.

nienie ideologiczne, tzn. w jednolitych ideologicznie składach (DDD lub RRR) wzrasta skłonność poszczególnych sędziów do rozstrzygania w sposób zgodny z przypisywaną im stereotypowo ideologią (nominat republikański głosuje bardziej konserwatywnie, gdy orzeka bez nominatów demokratycznych i *vice versa*).

Autorzy opatrują te ustalenia szeregiem zastrzeżeń i metodycznie przedstawiają złożoność całego zjawiska. Gdy prawo jest jasne, różnice maleją. Sędziowie są także profesjonalistami, większość nominatów nie jest radykałami, więc podlegają dyscyplinującemu wpływowi precedensów i kultury prawnej. W kilku obszarach prawa, takich jak odwołania w sprawach karnych czy zakres uprawnień Kongresu w ramach klauzuli handlowej, nie widać różnic ideologicznych między sędziami. Pomimo tych zastrzeżeń i krzepiących zapewnień, że Stany Zjednoczone mogą korzystać z wybitnego i uczciwego sądownictwa federalnego, niezachwianie oddanemu prawu, autorzy stwierdzają jednoznacznie występowanie wpływu czynnika partyjnego w osobie selekcjonującego sędziów prezydenta na orzeczenia, a także wpływu kompozycji składu orzekającego, zwłaszcza w postaci radykalizacji postaw, gdy orzekają trzy osoby o zbieżnej ideologii. Dla przykładu, jeśli chodziło o ocenę legalności programu akcji afirmatywnej, skład złożony wyłącznie z nominatów republikańskich stwierdzał ich legalność w 34% przypadków, a skład nominatów demokratycznych w 81%. W sprawach z zakresu ochrony środowiska składy orzekające złożone wyłącznie z nominatów republikańskich orzekają na korzyść powodów kwestionujących działania agencji federalnych z powodów środowiskowych w 20% przypadków, a składy nominatów demokratycznych w 71%. W sprawach związków zawodowych składy „republikańskie” orzekają w stereotypowo liberalny sposób w 23% przypadków, a składy „demokratyczne” w 75%. W sprawach o molestowanie seksualne składy „republikańskie” orzekają na korzyść powoda w 35% przypadków, a „demokratyczne” w 72%. Pochodną tego zjawiska jest to, że istnieją federalne okręgi sędziowskie bardziej liberalne (zwłaszcza Dziewiąty Okręg z siedzibą w San Francisco) oraz bardziej konserwatywne (m.in. Siódmy Okręg z siedzibą w Chicago). Wśród konkluzji grona autorów z udziałem C.R. Sunsteina pada więc nieunikniona w świetle ich ustaleń teza, że całkowicie nieścisle jest twierdzenie, że sędziowie po prostu „stosują prawo”. Często nie ma wystarczającego prawa, które można by stosować; sędziowie muszą korzystać z władzy dyskrecjonalnej, a czyniąc to, niezwykle rzadko rozczarowują prezydentów, którzy ich powołali. W takim razie autorzy zalecają rozważanie wprowadzenia wymogu kształtowania składów orzekających z udziałem nominatów obu głównych partii (*bipartisan*), a więc DDR lub RRD, na wzór ustawowych gwarancji dotyczących obsady agencji federalnych. Takie mieszane politycznie składy sędziowskie wywołałyby zapewne oburzenie, bo zbyt mocno godzą w przekonanie, że prawo zachowuje priorytet w funkcjonowaniu sędziów, ale – przekonuje zespół autorów

– przedstawione badania empiryczne jasno wskazują, że sędziowie są decydentami politycznymi, więc wskazane jest wprowadzenie rozsądnej różnorodności politycznej składów orzekających.

Obie ostatnie książki wydane w połowie ubiegłej dekady, *Radykałowie w togach* i *Czy sędziowie są upolitycznieni?* skłonny byłbym wiązać z dostrzegalnym zwrotem, jaki dokonał się w twórczości Cassa R. Sunsteina w tamtym okresie. Książki poświęcone tradycyjnym zagadnieniom prawniczym, w tym konstytucyjnym, ustąpiły pozycjom, w których autor *Radykałów w togach* przeniósł zainteresowanie na nowatorsko podejmowane zagadnienia społeczne. Ryzykując nadinterpretację, skłonny byłbym wyrazić tu ocenę, że przyczyny doszukiwać się można w rozczarowaniu C.R. Sunsteina wiarą w demokratyczne walory sądów, które stało się udziałem całej generacji amerykańskich konstytucjonalistów. Dostrzeżmy bowiem, że postulat postrzegania sądów podobnie do względnie niezależnych agencji federalnych oznacza, że sądy federalne mają zajmować się rozstrzyganiem sporów prawnych i prowadzeniem polityki w obrębie wymiaru sprawiedliwości, podobnie jak Federalna Komisja Wyborcza zajmuje się prowadzeniem polityki państwa w sferze wyborczej, agencja NASA w sferze eksploracji kosmosu, a CIA w sferze działalności wywiadowczej. To wszystko sfery ważne, ale mające raczej wymiar biurokratyczny, ekspercki i przyziemny, a nie nieomal nadprzyrodzony, związany z kształtowaniem rzeczywistości według nakazów hermetycznego i uwzniośłego „prawa”, do którego sędziowie mają uprzywilejowany czy wręcz wyłączny dostęp. Takie rozumienie stanu sędziowskiego kultywowane było zaś w anglo-amerykańskiej kulturze ustrojowej od wielu wieków. Jeśli badania empiryczne jasno wykazują, że roszczenie związkowców ma szanse powodzenia w trzech czwartych przypadków, kiedy podług „prawa” sprawę rozstrzygają nominaci demokratyczni, a szansa ta spada poniżej jednej czwartej, kiedy podług tego samego „prawa” sprawę rozstrzygają nominaci republikańscy, to wyjaśnianie funkcjonowania ustroju państwa i potencjalne wpływanie na sprawy państwowe wymaga czegoś więcej od przekonywania odbiorców do własnej egzegezy tekstu konstytucyjnego. Taką właśnie społecznie zaangażowaną drogę obrał Cass R. Sunstein. W kolejnych książkach analizy prawne łączył z postulatami politycznymi, z werwą zajął się społecznym podłożem prawa, a wreszcie sam zyskał możliwość wcielania własnych przekonań w życie, jednak nie na sali sądowej, jak to zwykle czynią w Stanach Zjednoczonych prominentni prawnicy wyniesieni do stanu sędziowskiego (a przy okazji finansowo zdegradowani), lecz w administracji prezydenckiej. W ramach swej twórczości naukowo-publicystycznej można powiedzieć, że Cass R. Sunstein wykorzystał i rozwinął tradycję pamfletu polityczno-prawnego, funkcjonującą z powodzeniem u zarania amerykańskiej republiki.

Wśród omawianych tu książek pierwszym przykładem takiego otwarcie zaangażowanego podejścia była napisana wspólnie ze Stephenem Holmesem praca z 1999 r. *Koszt praw. Dlaczego wolność zależy od podatków*¹¹. Jest to jedna z nielicznych pozycji C.R. Sunsteina wydana w Polsce (przez Wydawnictwo Sejmowe w 2003 r., w przekładzie Jerzego S. Kuglera). Omawiam tu zasadniczo pozycje niedostępne w polskim przekładzie, ale *Koszt praw* wymaga krótkiego przypomnienia, ponieważ jest istotną wypowiedzią w dorobku C.R. Sunsteina, ilustrującą ewolucję jego postawy, na którą głównie chciałbym zwrócić uwagę czytelników. Dodatkowym powodem jest to, że książka ta przeszła w Polsce bez większego echa i nie została w zasadzie dostrzeżona w debacie publicznej ani też, jak oceniam, nie przyciągnęła zbyt wielu uwagi w środowisku polskich konstytucjonalistów. Mogę przypuszczać, że przyczynił się do tego klimat polityczny i intelektualny panujący wówczas w Polsce, kiedy to w ramach mirażu o „tanim państwie” reprezentowana w parlamencie klasa polityczna zgodnie przedstawiała podatki jako zło samo w sobie. Książka *Koszt praw* jest także niełatwa do zaklasyfikowania; dotyczy zarówno zagadnień prawnych, jak i ekonomicznych, co być może raczej odstraszało osoby zainteresowane tylko jednym z tych obszarów. W Katalogu Zbiorów Bibliotek Uniwersytetu Jagiellońskiego pozycja ta przypisana jest do dwóch tematów: „Finanse publiczne – Stany Zjednoczone” oraz „Prawa człowieka – koszty – Stany Zjednoczone”, w tym drugim obszarze stanowiąc jedyną przypisaną pozycję, co potwierdza problem z jej klasyfikacją. Obie tak wskazane dziedziny odzwierciedlają w pewnym zakresie treść tej książki, ale przede wszystkim jest to sugestywny traktat na temat podstaw rozumienia praw człowieka, który powinien być przedmiotem lektury wszystkich osób zainteresowanych kwestiami ustrojowymi. Wiąże się to z trzecim potencjalnym powodem zmniejszonego zainteresowania wspomnianą pozycją, jaką jest, moim zdaniem, pokutujący w polskiej doktrynie konstytucyjnej niefortunny pogląd, że amerykańskie problemy i zagadnienia ustrojowe są tak odległe od polskich doświadczeń, iż w nikłym stopniu stanowią źródło inspiracji do refleksji nad sprawami lokalnymi. Paradoksalnie autorzy na początku *Kosztu praw* wskazują, że zainteresowali się tą tematyką w ramach dyskusji prowadzonych w Centrum Konstytucjonalizmu Europy Wschodniej przy University of Chicago, analizując niedostateczną ochronę podstawowych wolności w bankrutujących państwach tego obszaru. Wśród adresatów podziękowań ponownie zresztą wskazany jest prof. Wiktor Osiatyński.

Choć przykład Polski nie został bezpośrednio wykorzystany, adekwatność tej pracy do polskich dyskusji ustrojowych i współczesnego kryzysu demokracji jest oczywista. Przypomnę tylko, że podstawowa teza książki jest następująca. Sen-

¹¹ S. Holmes, C.R. Sunstein, *The Cost of Rights. Why Liberty Depends on Taxes*, New York 1999.

sowna dyskusja na temat praw człowieka to przede wszystkim spór na temat polityki budżetowej państwa, a więc także kształtu systemu podatkowego. Uprawnienia gwarantowane prawem mogą istnieć tylko wtedy, gdy wywołują koszty budżetowe, bowiem ich egzekwowanie wymaga funkcjonujących i opłacanych sądów, policji, sił zbrojnych, służb ratunkowych itp. Wszystkie prawa mają charakter pozytywny, a rozróżnienie, rodem z książeczki dla dzieci, między wolnościami i uprawnieniami jest fałszywe niezależnie od tego, jak bardzo jest zakorzenione. Gdyby prawa polegały wyłącznie na ochronie przed ingerencją władzy, najwyższą cnotą byłby paraliż władz. Tymczasem wszystkie prawa kosztują, ponieważ opierają się na opłaconym z podatków systemie monitorowania ich przestrzegania i egzekwowania. Wolność słowa czy zgromadzeń wymaga m.in. otwartych ulic i parków. Podobnie teoria wolnych rynków milcząco zakłada istnienie aktywnego systemu prawa karnego, za pomocą którego władze publiczne chronią przed używaniem siły i gróźb. Istnienie rynków, banków itp. wymaga stosowania przez państwo podatków, a następnie inteligentnego wykorzystywania uzyskanych tak środków. Ponownie w tej argumentacji twardo stąpających po ziemi autorów pojawia się Ronald Dworkin, którego idea sędziowskiego ważenia ignoruje okoliczność, że egzekwowania praw polega na zapewnieniu finansowania jednostek odpowiedzialnych za takie egzekwowanie. Ponieważ środki budżetowe są zawsze ograniczone, prawa niezmiennie wymagają dokonywania kompromisów finansowych, które rozstrzygane są politycznie jako decyzje o dystrybucji zasobów. Takie ujęcie zakorzenione jest w sporach z okresu Nowego Ładu i stanowi polemikę z krytykami korzystającego z regulacji państwa dobrobytu.

Dziedzictwo Nowego Ładu podjęte zostało przez C.R. Sunsteina w 2004 r. w książce *Dru ga Deklaracja Praw. Niedokończona rewolucja Roosevelta i dlaczego potrzebujemy jej bardziej niż kiedykolwiek*¹². Głównym jej tematem jest przemówienie prezydenta Roosevelta z 1944 r., w którym zaproponował wprowadzenie do konstytucji karty praw społecznych i ekonomicznych. Zdaniem C.R. Sunsteina to wystąpienie było największą mową w dwudziestym wieku. Co interesujące, w ślad za F.D. Rooseveltem Cass R. Sunstein uważa, że druga deklaracja praw nie powinna stać się częścią Konstytucji pisanej, ponieważ utrudnione byłoby jej egzekwowanie przez sądy, lecz powinna ona stanowić konstytucyjne zobowiązanie na podobieństwo Deklaracji Niepodległości.

W 2001 r. Cass R. Sunstein opublikował książkę *Projektowanie demokracji. Jaką rolę pełnią konstytucje*¹³. Motywowany głębokimi przemianami ustrojowymi w poprze-

¹² C.R. Sunstein, *The Second Bill of Rights. FDR's Unfinished Revolution And Why We Need It More Than Ever*, New York 2004.

¹³ C.R. Sunstein, *Designing Democracy. What Constitutions Do*, Cambridge 2001.

dzających latach, związanymi zwłaszcza ze zmianami w Europie Wschodniej oraz upadkiem apartheidu w RPA, zachęca w niej autor do nowego, demokratycznego rozumienia roli konstytucji, wspierającego demokrację deliberatywną, w opozycji do myślenia opartego na tradycjach narodowych, równości, a nawet sprawiedliwości, a zwłaszcza w opozycji do utożsamiania demokracji z rządami większości, co nazywa karykaturą aspiracji demokratycznych. Pada zresztą uwaga, że teoria konstytucyjna pozostaje zadziwiająco prymitywna w zakresie uzasadnienia co do dokonywanego w konstytucjach utrwalania ustaleń organizacyjnych i praw.

C.R. Sunstein na początkowych stronach przywołuje ustalenie Amartyi Sena, że w historii świata nie doszło do klęski głodu w państwie, w którym odbywałyby się demokratyczne wybory i funkcjonowałyby wolna prasa. Demokracja ma zapewniać dobrobyt społeczny, rozwija C.R. Sunstein, a udana konstytucja ma gwarantować demokratyczne wybory i funkcjonowanie wolnej prasy. Omówienie pożądanych sposobów myślenia o konstytucji prowadzone jest w dalszych partiach książki w oryginalnych i nieoczywistych kierunkach, przy wykorzystaniu koncepcji wykorzystywanych szerzej w innych pracach C.R. Sunsteina. Jednym z głównych wątków jest rozwiązywanie przez konstytucje problemu niezgody, tak aby przekształcić ją częściowo w siłę kreatywną, a także by minimalizować potrzebę dokonywania uzgodnień, gdy są one niemożliwe. Powraca tu jak widać kwestia niezupełnych uzgodnień, przedstawianych jako ważny fenomen w prawie konstytucyjnym. Autor stara się wykazać ich wyższość wobec rozwiązywania problemu niezgody za pomocą odwoływania się do tradycji. Zauważa m.in., że przy bliższym wejrzeniu nie jest łatwo ustalić, czemu sprzeciwiają się tradycjoniści, a gdy uda się rozpoznać potencjalne cele ich krytyki (np. realistów metafizycznych wierzących w ponadludzkie źródło praw konstytucyjnych czy zwolenników uniwersalizmu konstytucyjnego) okazuje się, że tradycjoniści oferują niewiele więcej niż podkreślanie wartości rozważań. Trzy zasadnicze słabości tradycjonalizmu to zmieniające się okoliczności, trudności z opisaniem tradycji poza najwyższym poziomem ogólności, a przede wszystkim występowanie złych tradycji, np. tradycje dyskryminacji płciowej czy rasowej, co wymaga osobnej analizy kwestionowanych na podstawie konstytucji tradycyjnych praktyk, podczas gdy tradycjonalizm konstytucyjny zbyt szybko taką analizę ukróca.

Za najciekawszy wątek występujący w *Projektowaniu konstytucji* uważam omówienie problemu polaryzacji grupowej, w którym najmocniej ujawniają się szerokie zainteresowania i przemyślenia C.R. Sunsteina, nieograniczone do tekstów prawnych i orzeczeń jako standardowych materiałów konstytucjonistów. Chodzi tu o zjawisko dobrze rozpoznane od kilku dekad w psychologii społecznej, którego ustrojowe implikacje przekonująco przedstawione są w omawianej książce. W ciałach zbiorowych podejmujących decyzje czy po prostu w obrębie grup ludzi dyskusja

proceeds frequently to radicalization of participants. Group decision-making does not lead at least to compromises, but to taking more risky decisions. Persons participating in discussion with moderate views on a given topic are subject to the mechanism of social comparison (they want to be favorably perceived by other group members and adapt their position to the group) or the mechanism of persuasive argumentation (they are influenced by the argumentation within the group, expressed within a limited scope, in accordance with the initial attitude of group members). The effect is not averaging of opinions, but their strengthening, e.g., the group's moderate criticism of the USA. French people, after discussion, became more critical towards this country; in the group of people who initially had a slight inclination towards racism, the attitude became stronger, within the religious community, religious beliefs of its members are simply reinforced for this reason, that similarly thinking people talk to each other. The phenomenon of group polarization, of which the expression is, at the same time, a confirmation, was also mentioned as ideological strengthening in the ideological camps of the DDD and RRR, which does not have an unambiguously negative character, as C.R. Sunstein points out, because it can be used by social reformers, but it can also cause bad effects in a heterogeneous democratic society. Susceptible to such polarization are groups isolated under some aspect, which can lead to extremist behavior. Group polarization occurs in public institutions, such as juries, legislatures. Separately, I want to draw attention to the fact that Cass R. Sunstein in this context warned against the Internet, which creates favorable conditions for group polarization, in which people can become increasingly strengthened in their initial opinions, pushing the possibility of encountering different views. In 2013, Wojciech Orliński presented to Polish readers the threats to the functioning of societies arising from the Internet¹⁴; currently, the phenomenon of internet-based filtering (filter bubble) is already well known, but I recall, for example, the book by C.R. Sunstein published in 2001, a decade before the end of the „filter bubble”, and also many years before the explosion of popularity of social media and fake news spreading among internet users.

Among many other issues raised in *Projecting Democracy*, it is worth mentioning the principle of anty-statism, i.e., a specific understanding of equality and freedom, prohibiting social and legal practices, which would be based on the transfer of power, but morally not

¹⁴ W. Orliński, *Internet. Czas się bać*, Warszawa 2013.

istotnych różnic, w systemowe źródło upośledzenia społecznego, bez szczególnego społecznego powodu. Autor uważa, że egzekwowaniem tej zasady ma przede wszystkim zajmować się władza ustawodawcza i wykonawcza, dbając o to, by żadnej grupy nie czynić obywatelami drugiej kategorii. Wątki te rozwinięte zostają w rozdziale poświęconym dyskryminacji homoseksualistów. Ponieważ książka została wydana jeszcze przed znacznymi przewartościowaniami społecznymi i prawnymi w Stanach Zjednoczonych dotyczącymi statusu homoseksualistów, autor posłużył się w niej wymownym przykładem, w swym ojczystym kraju już nieaktualnym. Zalecił mianowicie, aby znosić dyskryminację prawną homoseksualistów równie rozważnie, jak Lincoln dążył do zniesienia niewolnictwa.

Prawdopodobnie najbardziej znaną publikacją Cassa R. Sunsteina w jego dorobku jest napisana wspólnie z późniejszym noblistą z dziedziny ekonomii Richardem H. Thalerem, a wydana w 2008 r. praca poświęcona koncepcji „szturchnięć” czy też „zachęt” (*Nudge*; w Polsce opublikowana w 2017 r. przez Wydawnictwo Zysk i S-ka pod tytułem „Impuls. Jak podejmować właściwe decyzje dotyczące zdrowia, dobrobytu i szczęścia”, w przekładzie J. Gregorczyk).¹⁵ Chodzi w niej o tworzenie w ramach architektury wyboru zachęt wpływających na zachowania ludzi w przewidywalny sposób, ale bez nakładania zakazów ani bez użycia istotnych bodźców ekonomicznych. Autorzy opisują i proponują dziesiątki takich „szturchnięć”, np. specjalne pasy na jezdni przed ostrym zakrętem wywołujące iluzję optyczną jechania ze znaczną prędkością i zachęcające w ten sposób do zwolnienia czy wymóg regulacji pozwalających na łatwe porównywanie cen u dostawców telefonii komórkowej. Przedstawiają to jako aspekt „libertariańskiego paternalizmu”, czyli aprobowanego przez siebie podejmowania przez władze i instytucje prywatne świadomych wysiłków na rzecz sterowania zachowaniami ludzkimi z zachowaniem możliwości dokonywania przez ludzi wyboru. Wiele opisywanych zachęt ma dość prosty charakter, np. oporny pedał gazu, dosłownie szturchający, zachęcający kierowców do delikatniejszego przyspieszania w celu zmniejszenia zużycia paliwa. Trudno w związku z tym poważnie potraktować wyrażoną w ostatnim rozdziale tezę, że świadome kształtowanie architektury wyboru z wykorzystaniem „szturchnięć” stanowi prawdziwą „trzecią drogę” pozwalającą na przełamanie impasu w sporach pomiędzy politykami lewicowymi a prawicowymi, zwolennikami regulacji państwowych i ich przeciwnikami. Zaskakująca jest ocena, że fundamentalne spory polityczne o rolę podatków w państwie czy pożądany zakres regulacji prawnych można zredukować do omawianych kilka stron wcześniej kwestii wyświetlania podczas wielkich festiwali muzycznych zachęt do picia wody w upale czy

¹⁵ R.H. Thaler, C.R. Sunstein, *Nudge. Improving Decisions About Health, Wealth, and Happiness*, London 2009.

wymogu automatycznych wyłączników w lampach stosowanych w solariach. Być może, z uwagi na osobę drugiego współautora, takie rozumienie „trzeciej drogi” pokazuje mimowolnie potencjał intelektualny współczesnej refleksji ekonomicznej. Analizując postawę C.R. Sunsteina, skłonny byłbym również do wyrażenia przypuszczenia, że takie próby ominięcia sporów politycznych dość trywialnymi rozwiązaniami (np. pracowniczy plan emerytalny ze zobowiązaniem do większych wpłat wraz ze wzrostem zarobków) są reakcją na postępujący paraliż w amerykańskiej polityce, uniemożliwiający wspólne podejmowanie podstawowych decyzji, czego przejawem cykliczne zawieszanie działalności władz federalnych¹⁶.

Mocnego podkreślenia wymaga natomiast niezaprzeczalny atut książki *Nudge*, zbieżny z podejściem C.R. Sunsteina. Autorzy unikają teoretyzowania na wysokim poziomie abstrakcji i uparcie piszą o faktycznie funkcjonującym społeczeństwie, o ludziach zachowujących się nieracjonalnie, leniwie, ulegających konformizmowi, korzystających z uproszczonych heurystyk wydawania sądów, polegających często na ewolucyjnie starszym, „gadzim” systemie przetwarzania informacji, odwołującym się do intuicji i automatyzmów. Pada między innymi teza, że wyborcy polegają raczej na swoim automatycznym systemie poznawczym, a nie refleksyjnym. Osobno trzeba zwrócić uwagę na propozycję łączącą się z poruszonym wcześniej postulatem czynienia uzgodnień niekoniecznymi, gdy ich dokonywanie jest niemożliwe. Autorzy mianowicie proponują prywatyzację instytucji małżeństw. Z powodu sprzeciwu instytucji religijnych wobec równości małżeństw obejmującej małżeństwa jedнопłciowe, a jednocześnie z potrzeby ochrony wolności religijnej autorzy postulują całkowite usunięcie z przepisów terminu „małżeństwo”, a uznawanie przez władze jedynie umów cywilnych łączących dowolne dwie osoby. W sferze prywatnej sugerują natomiast prowokacyjnie, że związki małżeńskie mogłyby być udzielane zarówno przez kościoły, wyłącznie w obrębie ich członków, jak i np. przez wspomniane kluby pletwonurków.

Zjawisko polaryzacji grupowej zostało podjęte przez C.R. Sunsteina ponownie w książce z 2009 r. *Ulegając radykalizacji. Jak podobne umysły jednoczą się i dzielą*¹⁷. Autor tłumaczy w niej to odpowiedzialne często za ekstremizm polityczny zjawisko, biorące się stąd, że ludzie mówią sobie to, co wiedzą, a to, co wiedzą, jest w określonym kierunku zniekształcone, więc gdy się wzajemnie słuchają, wspólnie zdążają w nowym kierunku w sensie zaangażowania, wyborów politycznych czy przekonań religijnych. Sieci społeczne występujące w Internecie oraz w zwykłym

¹⁶ Zob. m.in. S. Kubas, *Gangi Ameryki – ponadpartyjne mechanizmy łagodzenia kryzysów politycznych w Kongresie Stanów Zjednoczonych*, w: P. Laidler, J. Szymanek (red.), *Idee, instytucje i praktyka ustrojowa Stanów Zjednoczonych Ameryki*, Kraków 2014.

¹⁷ C.R. Sunstein, *Going to Extremes. How Like Minds Unite and Divide*, Cambridge 2009.

życiu mogą działać jak maszyny polaryzujące, ponieważ potwierdzają, a więc wzmacniają, pierwotne poglądy ludzi. Nie można zrozumieć terrorystów, jeśli traktuje się ich jak irracjonalnych; osoby takie zwykle nie są biedne, źle wykształcone. Przeciwnie, dobierają racjonalne metody do realizacji swych celów, wykorzystując polaryzację. W szerszym sensie polaryzacją grupową znakomicie wykorzystują, w wolnym tłumaczeniu, „impresariowie polaryzacji” (*polarization entrepreneurs*), zaburzający dla własnych celów spokój społeczny, tworząc enklawy podobnie myślących ulegających radykalizacji wokół wykreowanego poczucia krzywdy czy oburzenia.

Jak można przeciwdziałać radykalizacji poglądów? Autor omawia kolejne odpowiedzi: oparcie na tradycji (rozważania o rewolucji Edmunda Burke’a opisują te same procesy), konsekwencjalizm Bentham’a i wreszcie preferowany w Stanach Zjednoczonych system hamulców i równoważników. W ramach tej ostatniej odpowiedzi, opartej na ocenie, że przeciwdziałać radykalizacji podobnie myślących należy wprowadzeniem głosów umiarkowanych i opozycyjnych, przypomina C.R. Sunstein anegdotę o Jeffersonie, który przy śniadaniu krytycznie zagadnął Washingtona o powód jego zgody na powstanie drugiej izby Kongresu. Washington odpowiedział pytaniem, dlaczego Jefferson zgodnie z ówczesną praktyką nalał kawę do spodka. Po odpowiedzi, że oczywiście po to, by ją schłodzić, Washington odrzekł, że tak samo ustawodawstwo wlewane będzie do senatorskiego spodka, by je schłodzić. Według tej interpretacji C.R. Sunsteina amerykańskie rozwiązania ustrojowe, takie jak bikameralizm, federalizm, system *checks and balances* zapewniać mają zróżnicowanie i gamę wyłączników w ustrojowym obwodzie, przeciwdziałając polaryzacji grupowej w elitach władzy. Jeśli spojrzeć z tej perspektywy, w Polsce senatorski spodek służy raczej podgrzewaniu ustawodawstwa. Cała izba druga wybierana jest w tym samym czasie wraz z Sejmem, według metody większościowej, która karykaturalnie wzmacnia dominację najsilniejszego w Sejmie ugrupowania.

W *Ulegając radykalizacji* podjęto także wątek „mądrości tłumów”, który rozwinęty został w wydanej także w 2009 r. książce *Konstytucja wielu umysłów. Dlaczego akt założycielski nie oznacza tego, co oznaczał wcześniej*¹⁸. Teza o „mądrości tłumów” odnosi się statystycznej trafności poglądów wyrażanych w ramach grupy ludzi, w sensie poglądu uśrednionego, solidniejszego od poglądu większości w ramach grupy. Wyjaśnia się to odwołaniem do twierdzenia Condorceta o statystycznej zależności osiągnięcia poprawnego wyniku proporcjonalnie do liczebności grupy (*Condorcet Jury Theorem*). W książce o radykalizacji C.R. Sunstein wskazał na ciemną

¹⁸ C.R. Sunstein, *A Constitution of Many Minds. Why the Founding Document Doesn't Mean What It Meant Before*, Princeton 2001.

stronę tej zależności, polegającą na tym, że jeśli każdy członek grupy jest prawdopodobnie w błędzie, to wraz ze wzrostem liczebności grupy prawdopodobieństwo grupowej poprawnej odpowiedzi spada do zera. To nie podważa idei deliberacji, ale działa ona dobrze, jeśli obejmuje zróżnicowanych ludzi. Właśnie z tych powodów, jak przekonały się państwa Osi w trakcie II wojny światowej, demokracje radzą sobie lepiej na wojnie od dyktatur, ponieważ nie zaczynają wojen bez szans na wygraną, dzięki wolności indywidualnej lepszy jest dostęp do informacji, a instytucje działają lepiej, jeśli liderzy podlegają krytyce. W *Konstytucji wielu umysłów* rozwijana jest teza, że amerykańska Konstytucja jest „konstytucją wielu umysłów”, to znaczy, że obecnie, w wyniku praktyk społecznych i interpretacji, jest to zupełnie inny dokument niż w okresie tworzenia państwa.

W latach 2009–2012 Cass R. Sunstein sprawował w administracji prezydenta Obamy bardzo wpływową funkcję, określaną potocznie mianem nadzorcy regulacji (*regulatory czar*), czyli dyrektora Biura do spraw Informacji i Regulacji (OIRA). Doświadczenia z tego okresu wykorzystał w książce z 2014 r. *Wyceniając życie. Uczłowieczanie państwa regulacyjnego*¹⁹. Lektura tej pracy pozwala na wejście za kulisy władz federalnych. Autor opisuje w niej, w jaki sposób kierowana przez niego jednostka OIRA funkcjonowała w procesie tworzenia przez rozliczne agencje rządowe regulacji, gromadząc rozproszone informacje i rozważając skutki regulacji w ramach analizy kosztów i korzyści. Wiele miejsc poświęca C.R. Sunstein potrzebie humanizowania tej analizy, uwzględniania w niej aspektów niepolitycznych, w tym godności. Przywołane są też jednak dane wskazujące na to, że w ciągu trzech pierwszych lat prezydentury Obamy korzyści netto osiągnięte dzięki znaczącym gospodarczo regulacjom wyniosły 91 miliardów dolarów (25 razy więcej niż w takim samym okresie w poprzedzającej administracji Busha). Najciekawsze wydały mi się w tej pracy omówienia 36 scenariuszy ocen działań regulacyjnych i reakcji OIRA na propozycje poszczególnych agencji, np. dotyczące redukcji emisji rtęci, dostosowania budynków dla osób niepełnosprawnych, czy przeciwdziałania gwałtom w zakładach karnych. W ramach tych osadzonych w realiach przykładów pojawia się kwestia przenośnego wyceniania życia, a faktycznie wyceny redukcji ryzyka śmiertelności. Kwestie te są zajmująco i szczegółowo wyjaśnione, w skrócie można powiedzieć, że stosowany często parametr VSL (wartość statystycznego życia) wynosi około 8–9 milionów dolarów. Gdyby zatem określona agencja zaproponowała regulację kosztującą 200 milionów dolarów, która zapobiec miałaby 10 przedwczesnym zgonom, to w praktyce nie uzyskalaby akceptacji. Zaakceptowany został natomiast program redukcji ryzyka śmierci związany z używaniem pasów bezpieczeństwa i kasków motocyklowych, w którym parametr VSL wynosił

¹⁹ C.R. Sunstein, *Valuing Life. Humanizing the Regulatory State*, Chicago 2014.

9,9 milionów dolarów. Sam C.R. Sunstein opowiada się za potrzebą różnicowania VSL w stosunku do różnych grup społecznych i różnych typów ryzyka (np. wyższa wartość dla ryzyka w transporcie lotniczym niż w transporcie drogowym). Zarówno we wcześniejszych omawianych pozycjach, jak i zwłaszcza w tej książce, widać, że Cass R. Sunstein traktuje prawo, w tym prawo konstytucyjne, jako dyscyplinę praktyczną, a nie studia z zakresu językoznawstwa. Powraca m.in. wątek uproszczonych heurystyk, na podstawie których ludzie wydają osądy. Jak pisze, przybiera dowodów na to, że ludzie dokonują automatycznych, zwykle bezrefleksyjnych ocen moralnych, których czasami nie są w stanie uzasadnić. Na przykład narastający społeczny sprzeciw wobec szczepienia dzieci autor tłumaczy heurystyką związaną ze zdradą zaufania. Niektórzy ludzie są bardziej wrażliwi na ryzyko wynikające ze szczepienia (związanego z zaufaniem, podobnie jak samochodowe poduszki powietrzne) niż na ryzyko płynące z chorób, a taka heurystyka prowadzi do błędnych ocen moralnych i zwiększenia ryzyka śmiertelności dzieci.

Ceniony badacz amerykańskiej Konstytucji, Akhil Reed Amar, napisał w zakończeniu swej niedawno wydanej książki, że świat czeka na propozycje rozwiązywania problemów globalnych, na rodzaj konstytucji dla całego świata, tak jak amerykański dokument z 1787 r. stanowił konstytucję dla Nowego Świata. Odwołując się do Publiusza, zbiorowego autora esejów „Federalista”, w których zwolennicy ratyfikacji Konstytucji USA wykładali swoje racje, A.R. Amar napisał: „Publiuszu drugi, gdzie jesteś? Świat czeka na twoje propozycje”²⁰. Sądzę, że bogaty korpus twórczości Cassa R. Sunsteina może być uznany za głos jednego z takich „publiuszów”, zadumanych nad właściwą organizacją życia społecznego i prawnego, i może stanowić głębokie źródło inspiracji dla nowych Publiuszów w świecie polityki. C.R. Sunstein prezentuje swoje racje w sposób zbieżny z prezentowaną koncepcją „libertariańskiego paternalizmu”. Wyraźnie próbuje wpłynąć na czytelników, ale czyni to w nienachalny, dobroniosny sposób, zachęcający do krytycznego odbioru swoich tez. Zresztą w artykule dla czasopisma „The Guardian” w 2017 r. poświęconym internetowym mediom C.R. Sunstein przywołał pośrednio klasyczną maksymę Kartezjusza o potrzebie wątpienia, pisząc w tytule „Podważajcie wszystko, co sądzicie – od tego zależy demokracja”²¹. Niezależnie od innych kwestii niezwykła jest płodność bohatera mojego tekstu, wynikająca ze szczególnej organizacji pracy. W jednym z wywiadów prof. Osiatyński wspomniał, że

²⁰ A.R. Amar, *America's Unwritten Constitution. The Precedents and Principles We Live By*, New York 2015, s. 485.

²¹ C.R. Sunstein, *Challenge Everything You Think – Democracy Depends on It*, „The Guardian”, 27 IV 2017, [online] <https://www.theguardian.com/commentisfree/2017/apr/27/challenge-everything-democracy-representative-government>

C.R. Sunstein potrafił pisać cały czas. Kiedy student wchodził do jego uczelnianego gabinetu na konsultacje, przerywał. Po wyjściu studenta wracał do pisania. Jeśli mamy tu jednak do czynienia z przejawem *furor scribendi*, to jest to raczej kontrolowana pasja pisania, podejmowania prób rozumienia świata, w tym eksperymentowania (w kilku książkach pojawiają się odniesienia do eksperymentów społecznych przeprowadzanych przez samego C.R. Sunsteina), a wreszcie wpływania na świat. Po kierunku ewolucji pisarskiej bohatera mojego tekstu można byłoby odnieść wrażenie, że coraz bardziej od zagadnień prawniczych przechodzi do podstawowych kwestii społecznych. W 2016 r. dał temu wyraz w uroczej książce *Świat według Gwiazdnych wojen*²², w której łączy m.in. kwestie bycia dobrym człowiekiem i rodzicem z przykładami z gwiazdnej sagi i rozlicznymi interesującymi go wątkami, jak np. polaryzacja grupowa czy zagrożenia dla demokracji. To rozbrajająco oryginalne dzieło, w którym na jednej stronie występuje filmowy Luke Skywalker oraz Edmund Burke sławiący cnoty tradycji, a wątek strzału oddanego przez Hana Solo przeplata się z orzeczeniami Sądu Najwyższego dotyczącymi broni palnej. Co znaczące, rozwój wypadków skłonił jednak C.R. Sunsteina do powrotu do mroczniejszych zagadnień prawniczych i w 2017 r. opublikował on „obywatelski informator” na temat *impeachmentu*, a w 2018 r. został redaktorem tomu zbiorowego poświęconego potencjałowi autorytaryzmu w USA.

Niezależnie od odbioru poszczególnych tez omawianego autora, lektura jego prac pokazuje, że praktyczne uprawianie prawa konstytucyjnego to znacznie więcej niż studia z zakresu językoznawstwa, a szczególnie gramatyki historycznej, czy też kompilowanie orzeczeń sądu konstytucyjnego. Czytając w Polsce Cassa R. Sunsteina, moglibyśmy poważniej dyskutować na temat systemu podatkowego, heterogeniczności społeczeństwa, (nie)zależności sądów od polityków. Potrafilibyśmy lepiej rozpoznawać impresariów polaryzacji i pozostawać wyczuleni na to, co prezentuje się jako konstytucyjny stan neutralny. W podsumowaniu obszernego tomu poświęconego współczesnemu kryzysowi demokracji konstytucyjnej, wyrażającemu się zwłaszcza w odrzuceniu przez znaczące odłamy społeczeństw powojennego paradygmatu konstytucyjnego, M.A. Graber napisał, że zwolennicy tego paradygmatu potrzebują po prostu lepszego produktu²³. Cass R. Sunstein od dekad poddawał ten paradygmat krytyce równie przenikliwej, co konstruktywnej. Prezentowana tu reprezentatywna część dorobku tego badacza dostarcza obszer-

²² C.R. Sunstein, *The World According to Star Wars*, New York 2016.

²³ M.A. Graber, *What's in Crisis? The Postwar Constitutional Paradigm, Transformative Constitutionalism, and the Fate of Constitutional Democracy*, w: *Constitutional Democracy in Crisis?*, red. M.A. Graber, S. Levinson, M. Tushnet, New York 2018, s. 668.

nego materiału do tworzenia nowych rozwiązań konstytucyjnych osadzonych w realnych problemach społecznych.

Bibliografia

- Amar A.R., *America's Unwritten Constitution. The Precedents and Principles We Live By*, New York 2015.
- Holmes S., Sunstein C.R., *The Cost of Rights. Why Liberty Depends on Taxes*, New York 1999.
- Keck T.M., *The Most Activist Supreme Court in History. The Road to Modern Judicial Conservatism*, Chicago 2004.
- Kubas S., *Gangi Ameryki – ponadpartyjne mechanizmy łagodzenia kryzysów politycznych w Kongresie Stanów Zjednoczonych*, w: P. Laidler, J. Szymanek (red.), *Idee, instytucje i praktyka ustrojowa Stanów Zjednoczonych Ameryki*, Kraków 2014.
- Graber M.A., *What's in Crisis? The Postwar Constitutional Paradigm, Transformative Constitutionalism, and the Fate of Constitutional Democracy*, w: M.A. Graber, S. Levinson, M. Tushnet (eds.), *Constitutional Democracy in Crisis?*, New York 2018.
- Orliński W., *Internet. Czas się bać*, Warszawa 2013.
- Stambulski M., Czarnota A., *Janusowe oblicze konstytucjonalizmu*, „Krytyka Prawa” 2019, nr 1(11).
- Sunstein C.R., *A Constitution of Many Minds. Why the Founding Document Doesn't Mean What It Meant Before*, Princeton 2001.
- Sunstein C.R., *Challenge Everything You Think – Democracy Depends on It*, „The Guardian”, 27 IV 2017, <https://www.theguardian.com/commentisfree/2017/apr/27/challenge-everything-democracy-representative-government>
- Sunstein C.R., *Going to Extremes. How Like Minds Unite and Divide*, Cambridge 2009.
- Sunstein C.R., *Legal Reasoning and Political Conflict*, New York 1998.
- Sunstein C.R., *One Case at a Time. Judicial Minimalism on the Supreme Court*, Cambridge 2001.
- Sunstein C.R., *Radicals in Robes. Why Extreme Right-Wing Courts Are Wrong for America*, New York 2005.
- Sunstein C.R., *The Partial Constitution*, Cambridge 1993.
- Sunstein C.R., *The World According to Star Wars*, New York 2016.
- Sunstein C.R., *Valuing Life. Humanizing the Regulatory State*, Chicago 2014.
- Sunstein C.R., Epstein R.A., *The Vote. Bush, Gore, and the Supreme Court*, Chicago 2001.
- Sunstein C.R., Schkade D., Ellman L.M., Sawicki A., *Are Judges Political? An Empirical Analysis of the Federal Judiciary*, Washington 2006.
- Thaler R.H., Sunstein C.R., *Nudge. Improving Decisions About Health, Wealth, and Happiness*, London 2009.